

Insaurrealde, Nuria; Silva Pelossi, Matilde

Notas críticas sobre la transición hacia el Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil de la Provincia de Buenos Aires

V Jornadas de Sociología de la UNLP

10, 11 y 12 de diciembre de 2008

Cita sugerida:

*Insaurrealde, N.; Silva Pelossi, M. (2008). Notas críticas sobre la transición hacia el Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil de la Provincia de Buenos Aires. V Jornadas de Sociología de la UNLP, 10, 11 y 12 de diciembre de 2008, La Plata, Argentina. En Memoria Académica. Disponible en:
http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/trab_eventos/ev.6150/ev.6150.pdf*

Documento disponible para su consulta y descarga en **Memoria Académica**, repositorio institucional de la **Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación (FaHCE)** de la **Universidad Nacional de La Plata**. Gestionado por **Bibhuma**, biblioteca de la FaHCE.

Para más información consulte los sitios:

<http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar> <http://www.bibhuma.fahce.unlp.edu.ar>



Esta obra está bajo licencia 2.5 de Creative Commons Argentina.
Atribución-No comercial-Sin obras derivadas 2.5

V Jornadas de Sociología de la UNLP
10, 11 y 12 de diciembre de 2008

Mesa: Los Salvadores del Niño. Cartografías estatales sobre la niñez y la adolescencia en riesgo.

Coordinadora: Angela Oyhandy (UNLP); angelaoyhandy@yahoo.com.ar

Título: Notas críticas sobre la transición hacia el Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil de la Provincia de Buenos Aires.

Autoras y expositoras: Lic. Insaurralde, Nuria.
Lic. Silva Pelossi, Matilde.

Institución de Pertenencia: Graduas Lic. en Sociología U.N.L.P

Teléfonos: 154006876/155445074.

Correo electrónico: nuria_in@yahoo.com.ar
msilvapelossi@yahoo.com.ar

El problema

La problemática de la infracción penal cometida por adolescentes y jóvenes genera actualmente ríspidos debates en la sociedad civil, donde prevalece una perspectiva y una lectura del problema en términos de “inseguridad ciudadana”¹, que los medios de comunicación reproducen y exacerban al límite.

Dicha perspectiva tiene su origen y anclaje ideológico en el campo científico/jurídico, donde una determinada lectura de la cuestión ha logrado imponerse trascendiendo sus fronteras. Pero dicha batalla no ha sido ganada. Dentro de este campo todavía se enfrentan concepciones divergentes sobre la definición del problema, sobre sus orígenes y posibles soluciones.

En el caso de la provincia de Buenos Aires nos encontramos en pleno proceso de transición hacia la implementación del Paradigma de Promoción y Protección de Derechos de la niñez, adolescencia y juventud.²

Llegar hasta este punto no fue fácil, el proceso legislativo se enmarcó en un alto nivel de conflictividad entre los defensores de la “Doctrina de la situación irregular” o Patronato de Menores y los promotores del “Paradigma de los Derechos del Niño”, de rango constitucional desde el año 1994.

Los principales cambios que plantea el nuevo sistema son: la desjudicialización de las causas asistenciales, la redefinición de las funciones del Fuero de Familia y la creación del Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil.

El presente trabajo se abocará a analizar determinados aspectos del nuevo Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil. Específicamente, nos proponemos reflexionar sobre la articulación entre las dimensiones coactiva y pedagógica de la pena, en relación a la aplicación de medidas alternativas a la privación de libertad a jóvenes infractores.

Creemos necesario contextualizar esta problemática en el marco de los debates actuales que se dan dentro del campo del Derecho y de la ciencia criminológica en torno a las funciones y los fines de la pena. Si bien un Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil reviste ciertas especificidades que lo diferencian de un sistema penal para adultos, es posible rastrear la influencia de estos debates en el diseño y en la implementación del mismo. Asimismo este campo nos ofrece herramientas y conceptos teóricos sólidos para un análisis riguroso y en profundidad de dicho sistema.

También rescatamos los aportes que desde el campo de las Ciencias Sociales se ha hecho para entender el delito como un fenómeno complejo y multicausal.

Estos insumos teóricos nos posibilitarán abordar un interrogante central que atraviesa el desarrollo de este trabajo: nos preguntamos si detrás de estos cambios que proponen contemplar a los niños y adolescentes como “Sujetos de Derecho”, pueden llegar a sobrevivir y hasta a reproducirse nuevas formas de control social quizás más “blandas” y/o difusas.³

Acerca de los fines y funciones de la pena

Los Sistemas de Responsabilidad Penal Juvenil revisten características específicas, pero para entender cabalmente su complejidad es necesario no perder de vista la relación que guardan con el modelo jurídico-penal de cada país, en relación al cual se definen. A pesar de que existen diferencias entre estos últimos, en líneas generales, la mayor parte de los pertenecientes al hemisferio occidental, se han caracterizado por:

- la centralidad asignada a la pena de *privación de la libertad*.
- la doble finalidad y/o funcionalidad que se le asigna a la misma: *retribución* de un acto contrario a la ley y *reeducción o reinserción social* del desviado.

Los dos aspectos se han instaurado con la fuerza de una ley del orden de lo natural. Por un lado, la existencia de las cárceles aparece como una realidad incuestionable y transhistórica⁴ y, por el otro, nadie parece poner en duda el doble supuesto *fin/función* de la pena.⁵ -

Este sistema acompañó la emergencia y consolidación de los Estados de bienestar en el mundo occidental, y se resiste a desaparecer del todo, aun cuando la mayoría de sus supuestos son puestos en duda a partir de la década del '70.

Esta crítica asume diferentes formas iniciándose primero en el terreno de las teorías criminológicas. El clásico estudio de Alessandro Baratta⁶ sobre la historia del derecho penal y la criminología crítica analiza el desplazamiento, dentro de este campo, desde una *concepción etiológica* del delito y el delincuente hacia otra denominada de la *reacción social*. Diversas teorías provenientes de las Ciencias Humanas (Sociología, Psicología, etc) que en un primer momento legitimarán la “ideología de la defensa social” irán, progresivamente, cuestionando cada uno de sus principios. Esta última tiene su origen en las teorías liberales clásicas del Derecho (de fines del siglo XVIII), que se caracterizaban por reconocer sólo el fin retributivo de la pena. Partían del concepto de delito como concepto jurídico tipificado y como un comportamiento que surge de la libre voluntad de un individuo normal, libre e igual al resto de los sujetos. La pena era entonces considerada como un medio para defender la sociedad y no para corregir al delincuente. Se aplicaba sobre el acto de delito y no sobre el actor. Estas teorías sientan las bases de algunos principios fundamentales de la “ideología de la defensa social”:

- *principio de legitimidad*: el Estado como expresión de la sociedad está legitimado para reprimir la criminalidad.
- *principio del bien y del mal*: la desviación criminal es el mal y la sociedad es el bien.
- *principio de culpabilidad*: el delito es expresión de una actitud interior reprochable, contraria a los valores o normas de la sociedad aun antes de ser sancionado por el legislador.
- *principio de la igualdad*: la ley penal y la reacción penal es igual para todos.

- *principio del interés social y del delito natural*: el número central de delitos definidos en los códigos centrales de las naciones civilizadas representa la ofensa de intereses esenciales a la existencia de toda sociedad.

Las teorías positivistas, de fines de siglo XIX y principios del siglo XX, propondrán otro principio constitutivo de esta ideología: - *el fin resocializador* de la pena.

Si bien las mismas vienen a reforzar esta ideología, plantean un cambio fundamental ya que asocian el acto criminal a determinados tipos de sujetos cuyas características anatómicas, fisiológicas y psicológicas los diferencian de los sujetos “normales” (Lombroso, Ferri, Garófalo). Para esta escuela el sistema penal se sustenta no tanto sobre el delito y sobre la clasificación de las acciones delictuosas, sino más bien sobre el autor del delito y sobre clasificación de los autores.

A partir de aquí, los discursos jurídicos legitimarán su argumentación utilizando estratégicamente los discursos de otros saberes disciplinarios como la Psiquiatría o las Ciencias Humanas⁷. Y ello en los distintos momentos del circuito penal: como argumento científico en la legislación penal (por ejemplo, la noción de peligrosidad), durante las prácticas judiciales (investigación, juicio y sentencia) y en las prácticas penales (discurso y prácticas pedagógicas y “psi” presentes en las instituciones de encierro). Las Ciencias Humanas (Psiquiatría, Psicología, Pedagogía) asumen entonces un papel central como nuevos dispositivos de control social que aplicarán su saber en los espacios circunscriptos de la prisión.⁸

A partir de 1930 emergen nuevas teorías que comienzan a cuestionar poco a poco algunos supuestos de esta “ideología de la defensa social”. La Criminología Crítica realiza la crítica más contundente a esta ideología sintetizando y reformulando los aportes provenientes de diferentes campos de las Ciencias Sociales. Las Teorías del Labelling Approach hacen una contribución fundamental proponiendo la inversión del objeto de estudio de la ciencia criminológica. Éste ya no sería más el “sujeto criminal” sino “los dispositivos criminalizantes”. Reconocen que no es posible considerar a la criminalidad como un dato preconstituido a las definiciones legales de ciertos comportamientos y de ciertos sujetos, promoviendo la transición desde el paradigma etiológico al paradigma de la reacción social. El Interaccionismo Simbólico y la Etnometodología estudian cómo la identidad desviada se conforma a partir de la intervención de los distintos mecanismos de control punitivo donde intervienen relaciones intersubjetivas instituyentes. Sientan así las bases de una crítica fundamental al principio del fin reeducador o resocializador de la pena.

Complementariamente a ello, las Teorías del Conflicto estudian los mecanismos de distribución de poder que otorgan a ciertos grupos la facultad de intervenir y decidir en todas las instancias de sistema penal (creación de leyes, administración de justicia y ejecución de las penas) poniendo en evidencia la selectividad con que operan (la impunidad que gozan los crímenes organizados de “cuello blanco” y la fuerte persecución de los “delitos contra la

propiedad”, generalmente cometidos por sujetos provenientes de los sectores marginales de la sociedad).

En este sentido, las Ciencias Sociales han hecho un gran aporte al campo de la Criminología desnaturalizando y relativizando los conceptos de delito y pena. Han puesto en evidencia la brecha existente entre su *función* real para asegurar la perpetuación del orden existente (teorías realistas), de su supuesto y encubridor *fin* resocializador (teorías idealistas)⁹. Constituyen un importante avance hacia una crítica radical de la ideología de la defensa social.

Estos nuevos análisis han contribuido también a plantear ciertas *reformas* del “sistema”. En este sentido la comunidad internacional ha hecho importantes avances en materia de creación de instrumentos legales que tiendan a promover formas alternativas a la privación de la libertad como pena y a minimizar los efectos más represivos y vulnerabilizantes de la prisión, intentando garantizar el respeto de los derechos humanos de los presos. Si bien dichos planteos dejan intactas las bases del sistema, y contribuyen en cierta forma a legitimarlo, despojándolo de sus efectos perversos más visibles¹⁰, no deben desestimarse sus logros frente a un nuevo contexto de invasión de nuevas teorías ultra represivas de corte conservador.

Son estas últimas, en realidad, las que han calado más fuertemente en una opinión pública desinformada, temerosa ante la nueva problemática de la *inseguridad ciudadana*, que los medios de comunicación plantean como un hecho inexorable, y ávida de soluciones rápidas. Las prisiones, aparentemente, ya no ofrecen una solución a la problemática del delito cuyos índices parecen aumentar. Las altas tasas de reincidencia vienen a demostrar el fracaso del fin resocializador de las penas. Se difunde en cambio la certeza de que la cárcel es el lugar de reforzamiento de la carrera criminal de los delincuentes. No obstante, sigue apareciendo como la única solución para contener la problemática criminal. Gran parte de la sociedad parece adherir acríticamente a las ideas que atribuyen a la prisión la función de castigar e incapacitar, aislándolos, a los delincuentes. La prisión se convierte entonces no ya en el lugar para reeducar a sujetos transgresores sino para depositar a *monstruos sociales*.

Las nuevas teorías de “tolerancia cero” parecen brindar las soluciones rápidas y efectivas que el sentido común social espera, y sus promotores se convierten en nuevos capacitadores de Estado para la implementación de reformas legislativas y administrativas en materia de seguridad y política criminológica en diversos países del mundo desarrollado y subdesarrollado¹¹. Estas políticas constituyen serios retrocesos en materia criminológica: reinstauración de la centralidad de la pena privadora de libertad, retroceso de las formas alternativas a la misma, utilización de la “mano dura” y de la represión tanto en la calle como en los ámbitos de encierro, empeoramiento de las condiciones de detención (hacinamiento, falta de asistencia y tratamiento), etc. No obstante, las mismas aparentan ofrecer las soluciones requeridas demostradas en cifras que parecen confirmar la “productividad y

eficiencia” de las nuevas recetas (aumento de la cantidad de cárceles construidas, aumento de detenciones en la vía pública, etc.)¹²—

Frente a la instauración y regresión a los aspectos más represivos del sistema, las teorías “re” aparecen como “cuentos de hadas” sin ningún asidero en la realidad social visible. Paradójicamente, el develamiento de las reales funciones de la prisión ha contribuido más a reforzarla que a cuestionarla. La cárcel aparece más que nunca como una realidad ineliminable.

Hacia el nuevo Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil.

Resistiendo la postura de aquellos sectores conservadores que proponen lisa y llanamente la inclusión de los “jóvenes delincuentes” en el sistema penal de adultos a través de proyectos de ley que postulan la baja de la edad de imputabilidad y la implementación de políticas de mano dura en los “agentes del orden”, los promotores del nuevo paradigma logran la aprobación de un *sistema de justicia especializado* para los adolescentes en conflicto con la ley penal. Desde este nuevo paradigma se propone la inclusión de los adolescentes dentro del campo del derecho (es decir, el respeto de las garantías procesales que la doctrina de la situación irregular les negaba), y el reconocimiento de un *plus de derechos* por su condición de adolescentes, como aspecto específico de este sistema. Esta especificidad involucra tanto mecanismos procesales y de ejecución más benignos y garantistas que en caso del derecho de adultos, pero además, *reasigna* un lugar central al fin pedagógico de la pena que es reconceptualizado aunándolo al concepto de *responsabilidad*.

En el apartado anterior vimos como la pena moderna conjuga dos aspectos, el coactivo y el pedagógico, los cuáles estarán en una tensión permanente. El nuevo Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil, al plantear la centralidad de la dimensión pedagógica de la pena, no escapa a tal dilema.

En función de ello nos interesa analizar por un lado, qué características asume tal tensión en cada doctrina de atención a la infancia y adolescencia y, por otro, plantear algunos interrogantes respecto a la modalidad en que se conjugarán dichas dimensiones en la aplicación de medidas alternativas a la privación de libertad.

1. La cuestión penal en los paradigmas de niñez

En la base de los paradigmas sobre la niñez encontramos los debates históricos del derecho penal presentados anteriormente. Si pensamos cada doctrina como “tipo ideal”¹³—, constatamos que cada una de ellas se corresponde con un modelo de derecho penal, en sus aspectos procesales y de ejecución de la pena.

Mientras el Paradigma de Situación Irregular se inscribe dentro del derecho penal autoritario o de autor, propio de las teorías positivistas de la pena, el paradigma de protección integral lo hará en la línea del derecho penal mínimo garantista o “de acto”.

Los alcances y particularidades que asuman los aspectos coactivo y pedagógico serán el resultado de las definiciones que cada doctrina asigne a las nociones de imputabilidad, culpabilidad y responsabilidad penal. Debido a ello, si bien los criterios generales sobre dichas nociones los establecerá la normativa nacional (Código Penal de la Nación¹⁴ y decreto-ley 22078), la definición que prime tendrá consecuencias en la configuración de los aspectos procesales y de ejecución penal destinado a niños y jóvenes.

La Doctrina de Situación Irregular reproduce, y tiene su anclaje, en un paradigma donde lo central es la conceptualización de los niños/as y adolescentes en tanto “objetos de tutela”. La misma sostiene una visión convencional de la infancia atravesada por carencias de capacidades atribuidas a los adultos -discernimiento pleno, autocontrol, autodeterminación- y consiguientemente, por necesidades de protección. Entiende que los menores de 16 años son inimputables, mientras que los mayores de 16 y menores de 18 años poseen imputabilidad relativa. La inimputabilidad será definida como la incapacidad de discernir o comprender la criminalidad del acto debido a inmadurez biológica y psicológica. En función de esto aparece la figura de “tutela” de estos “incapaces”.

Bajo la confusa categoría de “riesgo moral y material” se englobaba tanto la situación de niños o adolescentes con problemas asistenciales (de pobreza) como la de aquellos en conflicto con la ley penal. Este sistema es claramente selectivo puesto que los “menores” que decía proteger pertenecían a los estratos con mayores desventajas sociales de la sociedad, y la noción de delito se borra cuando es cometido por un joven de clase media o alta que no entra al complejo tutelar.¹⁵—

El reconocimiento de que un niño pudiera estar en alguna de esas situaciones, daba lugar a la aplicación de una “*medida de seguridad*” por parte de la justicia (que en la mayoría de los casos implicaba la destitución de la patria potestad a los padres y la institucionalización -privación de la libertad- del niño por tiempo indefinido). Se encerraba a los abandonados necesitados de protección y a aquellos considerados “peligrosos”, potenciales infractores de la ley penal. Este tratamiento indiferenciado implicaba, fundamentalmente, dos efectos perversos: la judicialización de la “cuestiones de pobreza”¹⁶ y el no reconocimiento de las garantías procesales para los menores que habían infringido la ley penal.

Respecto del segundo aspecto, que es el que nos interesa analizar aquí, es innecesario para esta concepción determinar si el niño o adolescente es el responsable del delito que se le adjudica, puesto que no se prevé la aplicación de una “pena”¹⁷—. Bajo la pretendida excusa de

“protegerlos” se los excluye del Derecho y se los somete a un procedimiento oscuro, lleno de irregularidades y sin partes claras¹⁸—.

La privación de libertad en esta doctrina es una medida de seguridad, apoyada en la peligrosidad del sujeto, sin tiempo determinado de duración. Argumenta perseguir un *fin resocializador y no coactivo* (aunque queda clara la coactividad que ejerce de hecho sobre el sujeto de la medida).

En este sistema, la relación entre principio coactivo y principio pedagógico de la medida es negada discursivamente. La extirpación de los menores del campo de la ley permite la primacía absoluta del positivismo-correccionalismo. La concepción de educación en la que se apoya es propia de la sociedad disciplinaria, pensada para “normalizar” al sujeto y transmitirle los valores y principios morales dominantes.¹⁹ —

La Doctrina de la Protección Integral de los Niños/as y Adolescentes²⁰— sienta sus bases en un nuevo paradigma donde los niños y adolescentes son concebidos, principalmente, en tanto “sujetos de derechos” es decir, en tanto “ciudadanos”, con todos los derechos que ello implica.

Los principales aspectos del paradigma de protección integral en relación a la cuestión penal son los siguientes

- a) El garantismo penal como presupuesto filosófico jurídico.
- b) Redefinición de la noción de adolescencia y su relación con el concepto de responsabilidad.
- c) La relación entre principio coactivo y educativo de la pena.
- d) La prioridad de las medidas alternativas a la privación de libertad.

a) Apoyándose en los desarrollos actuales de la Psicología evolutiva²¹—, la nueva doctrina definirá la madurez de niños y adolescentes como relativa, como una instancia a “construir”. Por ello, el sistema de responsabilidad penal juvenil considera a los adolescentes como Sujetos de Derechos pero también de Obligaciones, reconociéndoles la capacidad de asumir, en forma relativa y paulatina, las consecuencias de sus actos.

El concepto de responsabilidad se torna central. Se trata de una noción compleja pues toca varias aristas.

Desde el punto de vista del adolescente infractor, Jaume sostiene que “....la responsabilidad es un concepto irrenunciable de nuestra cultura...en cuanto esquema regulador de interacciones de respuesta tendientes a desarrollar sentimientos de propiedad sobre los propios actos y de autoridad sobre uno mismo, constituye un derecho inalienable de los jóvenes....”²²—

Para Jaume y Gomez da Costa el proceso de responsabilización subjetiva de los jóvenes infractores adquiere un carácter central debido a que conciben al adolescente como

un “sujeto en formación” pasible de modificar sus conductas y forjarse un proyecto de vida diferente a aquel que lo vincula a la infracción penal.

El punto de vista “individual” de la categoría responsabilidad se complementa con la arista colectiva y social.

En tal sentido, Beloff ampliará el concepto de responsabilidad, adjudicándolo a distintas instancias y actores. Para ella la doctrina de la protección integral parte del principio de “responsabilidades compartidas”, del Estado, la comunidad, la familia y el adolescente infractor²³.

Las responsabilidades compartidas obligan a la sociedad a implicarse en la problemática y a no relegarla, solamente, en manos de la justicia y de las instituciones de atención a la infancia. El que todos los actores se asuman como responsables posibilita encarar de manera integral la problemática de la infracción de adolescentes.

Podemos ver entonces que la dimensión pedagógica cobra en esta doctrina un sentido diferente al principio correccionalista propio del paradigma del patronato de menores donde el concepto de responsabilidad era estrictamente limitado.

La *reeducación* era circunscripta, dentro del anterior sistema, al ámbito de las instituciones de encierro. La responsabilidad, por lo tanto, sólo era privativa de los operadores del sistema judicial y de los institutos de menores. Este sistema era claramente inhabilitante en tanto incapacitaba al resto de los actores de la sociedad negándoles su participación en el proceso de responsabilización del joven infractor.

b) El derecho penal mínimo o garantista, desarrollado teóricamente por el jurista Luigi Ferrajoli, establece los lineamientos básicos a los que adscribe el paradigma de protección integral respecto de la cuestión penal.

Esta escuela concibe al derecho penal como la forma menos arbitraria de dirimir ciertos conflictos sociales. Siendo uno de sus postulados lograr “el máximo bienestar de los no desviados y el mínimo malestar de los desviados”, permite establecer un orden de prioridad²⁴ respecto de la respuesta estatal ante la infracción penal juvenil.

En primer lugar, habilita a desestimar la intervención jurídico- penal ante aquellas situaciones de infracción de adolescentes donde el costo futuro sobre el mismo sería más perjudicial que la transgresión cometida²⁵.

En segundo término, insta a derivar el asunto a los servicios sociales de protección de la infancia, cuidando de no convertirla en una sanción encubierta.

En tercer lugar, puede intentarse un proceso de conciliación penal entre el adolescente infractor y su víctima.

Como cuarta opción, imponer una medida o sanción ambulatoria.

Finalmente, “como último recurso y por el menor tiempo posible”, imponer una sanción privativa de libertad.

A partir de la tercera opción se hace necesario recurrir a dispositivos enmarcados en el derecho penal garantista como ser el debido proceso²⁶ y todas las garantías procesales y de ejecución de la pena, que confirmen la responsabilidad penal del adolescente.

c) La doctrina de protección integral toma la mirada realista del derecho penal mínimo respecto del fin/ función de la pena reconociendo ante todo su carácter coactivo-retributivo. Posibilita así una lectura de la relación que asumen en esta doctrina los aspectos coactivo y pedagógico, en dos niveles: en cuanto al fundamento de la medida o sanción; en cuanto a la finalidad que la sanción persigue.

Mary Beloff²⁷ sostiene que en el terreno de la justicia juvenil es necesario hablar de sanciones ya que en primera instancia, se trata de una medida punitiva, y sólo como valor agregado surge la posibilidad de trabajar el aspecto pedagógico. La autora advierte que las legislaciones internacionales no colaboran con ello debido a que usan indistintamente los términos de “sanción” y “medidas” al referirse a las medidas judiciales. Mientras el primero se define por su aspecto coactivo el segundo no lo contempla.

La importancia de establecer que la sanción surgida del debido proceso es una “pena” radica en la posibilidad de adecuar el tipo y duración de la misma según el principio de proporcionalidad²⁸, evitando intervenciones estatales desmedidas sobre los sujetos en cuestión.

Otros autores como Couso, Gomes da Costa y Silva Balerio coincidirán respecto del carácter coactivo que toda sanción hacia adolescentes infractores conlleva, sin embargo, aportarán diferentes maneras de entender la dimensión pedagógica de la misma. A grandes rasgos podemos visualizar dos posturas. La primera, sostenida por Couso, plantea el principio educativo de la pena en sentido estricto cuando afirma que *“la educación del derecho penal de adolescentes tiene un único objetivo sostenible desde el punto de vista constitucional, cual es la “dirección parcial del comportamiento, en el sentido de la exigencia de un comportamiento legal.”*²⁹

En contraposición hallamos una concepción en sentido amplio de educación en los otros autores.

Gomes da Costa al interrogarse sobre la naturaleza de la medida socio- educativa señala que “debe responder a dos órdenes de exigencias, o sea, debe ser una reacción punitiva de la sociedad al delito cometido por el adolescente y, al mismo tiempo, *debe contribuir a su desarrollo como persona y como ciudadano*”³⁰.

Por su parte, Silva Balerio define la relación entre ambos aspectos de la pena *“...como la gestión de un desequilibrio donde fortaleciendo los aspectos educativo sociales se disminuyen a su mínima expresión los aspectos punitivos del contexto de actuación intrínseco en este tipo de dispositivos, se trata de reducir el control en pos de la promoción cultural.”* Y sostiene que el *“trabajo educativo con adolescentes implica propiciar las*

*condiciones para que transite el proceso de asumirse “...como ser social e histórico, como ser pensante, comunicante, transformador, creador, realizador de sueños, capaz de tener rabia porque es capaz de amar” (Freire, 1996:56), y también como responsable de sus actos frente a otros ciudadanos.”*³¹

En síntesis, la centralidad dada en esta doctrina a la dimensión pedagógica no intenta ocultar el aspecto coactivo de la pena. Por el contrario, la visibilidad de esta dimensión es pensada como un elemento central en la construcción de la responsabilidad por parte de los adolescentes. Además, permite introducirlos en la legalidad (superando la arbitrariedad y discrecionalidad de la lógica proteccionista) haciendo visible la conducta transgresora por la imposición de una sanción. La fuerza coactiva de la misma lo enfrenta así con las consecuencias de sus actos. El reconocimiento de este aspecto coactivo permite, a su vez, que la actividad del juez sea limitada por el principio de legalidad y las debidas garantías. No obstante, parece no haber un consenso tan claro en relación a los objetivos y a la modalidad de la intervención educativa. Y dichos autores asignarán también diferentes roles a las dimensiones normativa y pedagógica al momento de la aplicación de la pena. Mientras Gomez Da Costa plantea una relación de complementariedad entre ambas, los otros autores promueven una práctica en donde la intervención educativa debería intentar contrarrestar los efectos punitivos-represivos de la intervención jurídica.

d) Las medidas alternativas a la privación de la libertad adquieren un lugar central en este paradigma por dos motivos. Por un lado, porque permiten garantizar el derecho de los jóvenes infractores a permanecer con su familia y su comunidad de origen. Por otro lado, porque se las considera como herramientas necesarias para lograr el proceso de responsabilización subjetiva de los jóvenes infractores.

Beloff señala que en los sistemas de responsabilidad penal juvenil lo alternativo debe ser la internación, que se plantea como respuesta a delitos graves, como último recurso y durante un periodo breve y determinado en el tiempo.

Dentro de las medidas alternativas a la privación de libertad encontramos: cuidado, órdenes de orientación y supervisión³², libertad vigilada, ordenes de prestación de servicios, sanciones económicas, indemnizatorias y devoluciones,³³ orientación y apoyo socio familiar, obligación de reparar el daño, prestación de Servicios a la Comunidad, imposición de reglas de conducta y la derivación a los Servicios locales de Protección de Derechos³⁴.

Según el art. 69 de la ley 13.634, estas medidas “...tendrán por finalidad fomentar el sentido de responsabilidad del niño y orientarlo en un proyecto de vida digno, con acciones educativas que se complementarán con la intervención de la familia, la comunidad y el Municipio respectivo, con apoyo de los especialistas que el juez determine....”

2. Las medidas alternativas a la privación de libertad en el nuevo Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil.

En función del recorrido teórico desarrollado en el presente trabajo nos interesa formular algunos señalamientos que actúen como guía para el análisis de las medidas alternativas a la privación de libertad que se institucionalicen en el marco del Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil de la provincia de Buenos Aires.

Básicamente, nos interesa realizar tres señalamientos respecto de las características que puede adoptar la relación entre la dimensión pedagógica y jurídica-coactiva en el marco de las medidas alternativas a la privación de libertad:

- a) Vigencia del prefijo “re” en relación al fin pedagógico de la pena.
- b) Desplazamiento hacia formas de control social blando.
- c) Posicionamiento de saberes disciplinarios y operadores en la aplicación de las medidas.

- a) Vigencia del prefijo “re” y su correspondiente crítica.

Los autores anteriormente citados³⁵, los Tratados Internacionales y la nueva legislación (Leyes 12.061 nacional y 13.634 provincial) asocian el aspecto pedagógico a términos como *resocialización*, *reeducación*, *reinserción social*, *integración social*.³⁶

Dichos conceptos tienen una carga semántica positivista que creemos no colabora con el necesario replanteo y adecuación de las prácticas e intervenciones a la nueva normativa. No se trata sólo de limitar la intervención pedagógica enmarcándola dentro de las reglas del debido proceso, sino también de replantear radicalmente el sentido de la misma; preguntarse cuáles son sus *fin*es.

Los prefijos “re” connotan la idea de una *falla* en los *procesos de socialización* y la necesidad de una *intervención correctiva del sujeto*. Con una lógica claramente verticalista-positivista sugieren que la falla está en el sujeto desviado, reproduciendo así los principios de la “*ideología de la defensa social*”.

Cuestionando las prácticas *re* dentro de los ámbitos de encierro, Baratta³⁷ propone la utilización de nuevos conceptos para hacer referencia a estas intervenciones. Promueve los conceptos de “*reintegración social*” y “*restitución de derechos*” en reemplazo a los de “*resocialización*” y “*tratamiento*”. En tanto los últimos presuponen que el sujeto desviado debe ser transformado y corregido, el primero significa transformación de la sociedad a fin de poder transformar las condiciones de exclusión.

Teniendo presente que la mayoría de los sujetos que entran dentro de la órbita del circuito judicial- punitivo pertenecen a sectores a los que les son retaceados los derechos humanos más elementales, y que en general, toda intervención punitiva tiende a reforzar este proceso de exclusión, estos conceptos no vienen a marcar las fallas del individuo infractor

sino las propias del sistema (de la sociedad en general y de las instituciones punitivas) con sus efectos criminógenos. Posibilitan así una comprensión más cabal de la complejidad de los procesos de desviación delictiva permitiendo visualizar nuevos focos de intervención.

Esto permite una inversión del objeto de las prácticas interventoras, lo que se adapta mejor a los avances científicos de la criminología crítica que, como ya vimos, postulara la inversión de su objeto de estudio.

Consideramos que si bien en los autores citados encontramos un trabajo de crítica y resignificación del ideal resocializador, es importante desde las Ciencias Sociales aportar nuevas categorías que den cuenta del alcance real que puede lograr el principio educativo en la actualidad. No debemos olvidar que el fin de la sanción penal en el marco del paradigma de protección integral es contribuir a un proceso de responsabilización del adolescente sobre las consecuencias de sus actos. Por ello pensamos que es más genuino hablar de *proceso de responsabilizaciones compartidas*, en el sentido de un intercambio dialógico entre los diversos actores involucrados (joven, familia, escuela, operadores judiciales y de programas municipales, etc), en vez de *proceso de reintegración o reeducación* que tiene claras connotaciones estigmatizantes, culpabilizantes y desresponsabilizantes.

b) Desplazamiento hacia formas de control social blando.

En este punto queremos retomar las hipótesis que Zaffaroni desarrolla respecto de las medidas alternativas a la privación de libertad en el Sistema Penal de adultos.

- Están en el Código Penal pero no se utilizan. Creemos que esta posibilidad da cuenta del riesgo que corre el nuevo sistema ante la escasez de efectores de estas medidas en la actualidad.
- Complementan a las medidas de privación de libertad. Se judicializa a más sectores poblacionales sin disminuir el número de privados de libertad.

Creemos que la desinstitucionalización, la descentralización y la territorialización promulgadas en las nuevas normativas y resoluciones, pueden llegar a reforzar la red de control social a partir la emergencia de nuevos mecanismos blandos o difusos.³⁸ Couso advierte también que las formas no privativas de libertad pueden llegar a extender el control coactivo a nuevos sectores antes no alcanzados por la justicia.

- Reemplazan verdaderamente a la privación de libertad, disminuyendo el número de privados de libertad.

Este último caso es el que más se acerca al ideal del paradigma de protección integral en relación a la cuestión penal.

Sin embargo, creemos que debemos estar atentos a las dos hipótesis anteriores. Es importante tener en cuenta que ningún dispositivo jurídico por sí sólo asegura la implementación de un sistema penal más garantista. Es necesario que el Poder Ejecutivo adecue su estructura de programas, instituciones y operadores para responder a la implementación del nuevo sistema. Además, en la medida en que las penas alternativas no se

apliquen por falencias de carácter estructural, van a ir perdiendo credibilidad de a poco dando crédito a las posturas más regresivas que utilizaron dicho argumento como caballito de batalla durante el intrincado proceso legislativo que culminó con la aprobación de la nueva ley.

Por otro lado, ante una opinión pública sugestionada con la problemática de la inseguridad ciudadana, hay que estar alerta ante la posibilidad de que las medidas alternativas se conviertan en moneda corriente frente a delitos menores que incluso bajo el sistema anterior podían ser sobreseídos. Asimismo hay que tener cuidado de que cualquier gesto contravencional, aunque no constituya delito, sea pasible de una intervención estatal bajo una sanción encubierta. Por ultimo, un caso polémico es el de los niños inimputables en infracción con la ley penal debido a la ambigüedad legal respecto al tratamiento que deben recibir los mismos. —³⁹

c) Posicionamiento de saberes disciplinarios y operadores extrajurídicos en la aplicación de las penas alternativas.

Retomando el interrogante de Zaffaroni⁴⁰— acerca del lugar que les queda a las “disciplinas de la conducta” en las instituciones de encierro dentro de un contexto de crítica a los ideales resocializadores y de giro hacia el garantismo proporcionalista, nos preguntamos el lugar que debería asumir la intervención profesional extrajudicial en la aplicación de penas alternativas a la privación de libertad. Creemos que es válida la propuesta del autor de pensar que el fin de estas prácticas debe encaminarse hacia una reducción de los efectos *vulnerabilizantes*. El autor propone una *clínica de la vulnerabilidad* que detecte aquellos factores sociales que producen la exclusión y marginación social y la vulnerabilidad de los sujetos a conformarse según el estereotipo criminalizable.

Creemos que dicha propuesta es también aplicable al caso de los adolescentes penados con una medida alternativa a la privación de la libertad. En este caso la reducción de los factores vulnerabilizantes debe lograrse a través de un proceso donde se involucren todos los actores comprometidos, un proceso de “responsabilidades compartidas”. Si bien la aplicación de la pena recae sobre una sola persona -el joven infractor- creemos que los operadores extrajurídicos que intervienen durante el proceso, si bien se encuentran acotados en su accionar por los límites que impone el respeto de las garantías constitucionales y del debido proceso, deben estar preparados para aprovechar al máximo su intervención generando “nuevas marcas de integración social”⁴¹— y nuevas disposiciones subjetivas en el joven y su entorno. Si bien la posibilidad de trabajar la intervención educativa en *sentido amplio* trasciende los objetivos concretos de la responsabilización del infractor por el delito cometido, es en este *plus* donde creemos radica la posibilidad transformadora de la intervención educativa. Los operadores intervinientes durante el proceso deben hacer un trabajo constante para evitar confundirse con las instancias de control social.

Pensamos que la tarea de los operadores extrajurídicos es instar a que los distintos actores sociales intervinientes durante el proceso de responsabilización, puedan hacer aportes para promover el quiebre de las identificaciones estigmatizantes que los mismos sujetos penados asimilan y reproducen, contribuyendo a que los mismos puedan posicionarse subjetivamente en tanto sujetos de derecho y no en tanto objetos de definiciones ajenas. En tanto sujetos portadores de una historia vital propia pasibles de desarrollarla por otros cauces.

En síntesis, el trabajo de los operadores es habilitar a los distintos actores del entorno del joven para que puedan trabajar hacia un fortalecimiento de la autonomía e independencia del control punitivo-estatal.

Conclusiones

A modo de cierre queremos plantear algunas cuestiones que están sujetas a la dinámica del proceso de transición y consolidación del nuevo Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil.

En primer lugar, consideramos que a futuro, la relación entre los aspectos coactivo y pedagógico en el marco de la aplicación de medidas alternativas a la privación de la libertad a jóvenes infractores, posibilita una doble lectura: Por un lado, la implementación del nuevo sistema implica el riesgo latente de reforzar la "malla de control social" a partir de la consolidación de una nueva red de actores sociales y de la apertura de nuevos espacios a la intervención estatal; pero por otro, es un espacio de posibilidades transformadoras que depende de las relaciones que se establezcan durante el proceso de responsabilización entre los distintos operadores intervinientes en contexto y los jóvenes infractores.

Creemos que ello dependerá de las características que asuma la intervención pedagógica en la implementación de las penas alternativas. Nos preguntamos hasta qué punto pueden los actores intervinientes en el proceso (operadores de la justicia y de programas sociales, de organizaciones de la sociedad civil, las familias, etc.) articular nuevas estrategias instituyentes. Pensamos que la adecuación legal al paradigma de protección integral no garantiza una transformación real de la estructura de atención a los jóvenes infractores sino va acompañado de un cambio cultural de fondo.

Sin embargo, en el corto plazo el riesgo más inminente del nuevo sistema es que, ante la carencia de efectores que implementen las medidas alternativas a la privación de libertad, se vuelva a los dispositivos de encierro del paradigma anterior o se instituya un modelo híbrido donde convivan dispositivos de ambos sistemas.

En segundo lugar, sostenemos que las Ciencias Sociales y sus operadores deben hacer un replanteo profundo del rol que han venido ocupando dentro del sistema penal de atención a la infancia. Coincidimos con Baratta que en tanto las mismas sigan ocupando un lugar subsidiario de la ciencia jurídica-penal e interviniendo sin cuestionarse su lugar o

función dentro de los dispositivos de control social, continuarán reproduciendo preceptos normativos estigmatizantes y clasistas. Asimismo apostamos a que las mismas puedan hacer un aporte activo a partir de la creación de categorías conceptuales que habiliten nuevas herramientas para una real transformación de la intervención en este campo.

No obstante, y por último, sostenemos que es el diálogo interdisciplinario (entre los saberes involucrados) e intersectorial (entre las instancias judiciales, ejecutivas y de la sociedad civil) el que permitirá encontrar las soluciones más acertadas a las problemáticas que se vayan suscitando durante esta transición. La clave está en el intercambio dialógico entre los diferentes actores del sistema, y a ello apuesta precisamente el concepto de "responsabilidades compartidas" que sustenta al ideario de la nueva Doctrina.

Bibliografía

- Baratta, A. *Criminología crítica y crítica al Derecho Penal. Introducción a la Sociología jurídico-penal*. Siglo XXI Editores. Argentina. 1986.
- Baratta, A. "Por un concepto crítico de *"reintegración social"* del condenado". Universidad de Saarlan, R.F.A. Ponencia presentada en el Seminario "Criminología Crítica y Sistema Penal" organizado por la Comisión Andina de Juristas y Comisión Episcopal de Acción Social. Lima, del 17 al 21 de septiembre de 1990.
- Beloff, M. "Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos."
- Carranza, E. "Cárcel y justicia penal. El modelo de derechos y deberes de las Naciones Unidas, y una política integral de seguridad de los habitantes frente al delito." Conferencia dictada en el Salón Dorado de la Casa de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires.
- Convención Internacional de los Derechos del Niño (CDN). Asamblea General de las Naciones Unidas. 1989
- Couso, J. "Principio educativo y (re) socialización en el Derecho Penal Juvenil". En Revista Justicia y Derechos del Niño N° 9. UNICEF. Santiago de Chile. 2007
- Decreto- ley 22078/80 Régimen Penal de la Minoridad.
- Decreto Provincial 151/2007
- Ferrajoli, L. "El Derecho Penal mínimo." Universidad de Camerino
- Foucault, M. *La verdad y las formas jurídicas*. España. Editorial Gedisa. 1992.

- Foucault, M. *Seguridad, territorio y población. Curso en el Collage de France (1977-1978)*. Fondo de Cultura Económica. Argentina.
- Foucault, M. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Siglo XXI Editores. Argentina. 1989
- Freire, P. *Pedagogía del oprimido*. Siglo XXI Editores. España. 2000
- García Méndez, E. “Bases para una reconstrucción- deconstrucción histórica de las prácticas de privación de libertad de la infancia-adolescencia.” En *Derecho de la infancia/adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*.
- García Méndez, E. “Brasil, adolescentes infractores graves: sistema de justicia y política de atención”.
- Giddens, A. *El capitalismo y la moderna teoría social*. Editorial Labor SA. España. 1994
- Gomes da Costa, A. C. “Pedagogía y justicia.”
- Guemureman, S. “¿Responsabilizar o punir? El debate legislativo en materia de niños, adolescentes y jóvenes infractores a la ley penal.”
- Isla, A. (FLACSO), Daniel Míguez (UNCPB), Ludmila Da Silva Catela (UNC), Lucía Cid Ferreira (UNT) y María Rosa Cozzani (UNCuyo). Proyecto “Violencia, Delito, Cultura Política, Sociabilidad y Seguridad Pública en Conglomerados Urbanos”. PAV 2003 – 065 - Año 2006
- Ley 13298 De la Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños. Provincia de Buenos Aires
- Ley 13634. Provincia de Buenos Aires
- Ley 13645
- Pegoraro, J. “Violencia delictiva, inseguridad ciudadana. La construcción social de la inseguridad ciudadana.” En *Revista Nueva Sociedad* N° 167.
- Rusche, G. y Kirchheimer, O. *Pena y Estructura Social*. Editorial Temis. Bogotá. 1984.
- Pitch, T. “¿Qué es el control social?”. En *Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, N° 8, 1996.
- Silva Balerio, E. S. D. “Gestión del desequilibrio: ecuación social de adolescentes en infracción”. En AAVV. *Adolescencia y Educación Social: un compromiso con los más jóvenes*. Centro de Formación y Estudios del INAU- AECI. Montevideo, 2005.
- Vitale, G. “¿Medidas de seguridad o la seguridad de las medidas de control social?”, 2003.
- Vitale, G. “Análisis histórico, legislativo y judicial en el tratamiento de la infancia.”

- Vitale, G. Abalos, I. “Ley 13634. Consideraciones sobre los nuevos fueros de familia y de responsabilidad penal juvenil en la Provincia de Buenos Aires. Un avance hacia el estado de derecho y justicia.”

- Wacquant, L. *Las cárceles de la miseria*. Manantial. Buenos Aires. 2000

- Zaffaroni, E. R. “La filosofía del sistema penitenciario en el mundo penitenciario” en Cuadernos de la Cárcel, Ed. especial “No hay Derecho”. Buenos Aires, 1991.

- Zaffaroni, R. E. Conferencia en el Encuentro Internacional "La Experiencia del Penitenciarismo Contemporáneo: aportes y experiencias", celebrado los días 26 y 27 de julio de 1993 en la ciudad de México, bajo la coordinación de la Dirección General de Reclusorios y Centros de Readaptación Social del Departamento del Distrito Federal y la II Asamblea de Representantes del Distrito Federal.

1 Pegoraro, J. “Violencia delictiva, inseguridad ciudadana. La construcción social de la inseguridad ciudadana.” En Revista Nueva Sociedad N° 167.

2 La ley “madre” finalmente sancionada es la 13298 “De la Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños”. Otras normativas legales acompañan y delimitan la anterior, leyes 13634 y 13645, que establecen la creación de los Fueros de Familia y Penal Juvenil. Por su parte, el decreto 151/2007 del gobierno provincial delimita las competencias del Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil a nivel del Poder Ejecutivo.

3 Pitch, T. “¿Qué es el control social?”. En Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales, N° 8, 1996.

4 Numerosos son los autores (Baratta, Foucault, Rusche y Kirchheimer) que han analizado el nexo funcional existente entre el nacimiento de las fábricas y las cárceles. Ambas reclutan su población de los sectores proletarizados o marginales sobre quienes aplican sus dispositivos disciplinadores con el fin de asegurar y perpetuar la dominación del capital sobre el trabajo. Desde las concepciones materialistas más radicales, la cárcel es entendida como un eslabón más de la cadena de instituciones que conforman la nueva sociedad disciplinaria (empezando por la familia, la escuela, la fábrica); como la punta del iceberg donde se potencian y aplican con toda su fuerza los mecanismos control social.

5 Con el advenimiento de los Estados modernos (siglos XVII/ XVIII), una serie de argumentaciones filosófico- jurídicas han intentado justificar las funciones y fines del derecho penal y la pena. Carranza señala que los tratados de derecho penal presentan clasificaciones que agrupan diferentes teorías. A grandes rasgos las dividen en “teorías absolutas”, cuando la pena agota la función en sí misma, y “teorías relativas”, cuando la pena persigue objetivos ulteriores como por ejemplo la reeducación del penado. Otro tipo de clasificación distingue entre teorías de la “retribución”, la “disuasión”, la “rehabilitación” y la “incapacitación”. En las teorías de la retribución la pena es un mal que retribuye el mal causado por el infractor. Mediante el fin de la disuasión o prevención se busca disuadir a otros miembros de la sociedad a cometer delitos (disuasión general) o prevenir que el mismo infractor cometa delitos en el futuro (disuasión especial). La noción de rehabilitación refiere a una pena que persigue el objetivo de reeducar, reinserir o resocializar al infractor. Finalmente, el fin de la incapacitación consiste en inhabilitar al infractor de cometer nuevos delitos mientras permanezca privado de libertad.

6 Baratta, A. “Criminología crítica y crítica al Derecho Penal. Introducción a la Sociología jurídico- penal.” Siglo XXI Editores. Argentina. 1986.

7 Foucault, M. “...todo un conjunto de juicios apreciativos, diagnósticos, pronósticos, normativos, referentes al individuo delincuente han venido a alojarse en la armazón del juicio penal. Otra verdad ha penetrado la que requería el mecanismo judicial: una verdad, que trabada

con la primera, hace de la afirmación de culpabilidad un extraño complejo científico-jurídico.” En Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión. Siglo XXI Editores. Argentina. 1989

8 En “La verdad y las formas jurídicas” (1992) Foucault analiza el pasaje desde las teorías de la retribución (escuela liberal clásica) hacia las de la prevención y rehabilitación (escuela positivista). En la primera la pena de prisión aún no era una alternativa penal. Recién con las segundas se establece como forma de castigo prototípica.

9 Ferrajoli, L. “El Derecho Penal mínimo.” Universidad de Camerino; Baratta, A. Op Cit.; Carranza, E. Op Cit.

10 Baratta (1986) plantea que las ciencias sociales representan el momento *reformista y racionalizador* de la ciencia burguesa (en contraste, la ciencia jurídica-penal representa el momento más *reaccionario y conservador* moviéndose todavía dentro del terreno del paradigma etiológico). En ese sentido, no estaría en condiciones de hacer una crítica eficaz a la ideología de la *defensa social*. Esta criminología proporciona una nueva ideología racionalizadora de un sistema represivo más actualizado que se basa sobre todo en la tesis de la *universalidad* del fenómeno criminal y de la función punitiva.

11 Wacquant, L. Op Cit

12 Foucault en “Seguridad, territorio y población. Curso en el Collage de France (1977- 1978)” sostiene que la estadística se erige en el nuevo saber de las sociedades de seguridad que sucede a las sociedades disciplinarias.

13 Giddens, A. Refiere respecto del concepto de tipo ideal de Weber que “Un tipo ideal se construye mediante la abstracción y la combinación de un número indefinido de elementos que, aunque se encuentran en la realidad, rara vez o nunca se descubren de esta manera específica.” El capitalismo y la moderna teoría social. Editorial Labor SA. España. 1994

14 Vitale, G. “...la ley Argentina actualmente declara en el art. 34 del Código Penal, que no pueden ser sujetos pasivos de penas, los menores de dieciséis años al momento de la comisión del delito. Entonces las personas mayores de esa edad tienen la capacidad biológica de culpabilidad por madurez objetiva, de alguna forma la capacidad para ser penados. “¿Medidas de seguridad o la seguridad de las medidas de control social?”, 2003.

15 Retomando la idea de Aries de que la “infancia”, entendida como una etapa específica de la trayectoria vital, es una categoría relativamente reciente -fines del siglo XVII- en la historia del mundo occidental, García Méndez sostiene que entonces se establecen diferencias al interior de esta categoría entre incluidos y excluidos en el acceso a la educación escolar y a la contención familiar como nuevas características distintivas de esta nueva etapa. Los excluidos se constituirán en “menores”. Para niños y adolescentes, la familia y la escuela cumplirán las funciones de control y socialización, requisito imprescindible de integración al cuerpo social. Para los excluidos será necesario la creación de un instrumento específico (los juzgados de menores) que desarrolle esas funciones.

16 Este sistema era claramente selectivo puesto que los “menores” que dice proteger pertenecen claramente a los estratos marginales de la sociedad. García Méndez, E. Op Cit

17 “...la persona menor de edad imputada de delito, no es más el infractor comprobado de la ley, sino toda una categoría de sujetos débiles a quienes los instrumentos científicos permiten detectar como potenciales delincuentes...” Vitale, G. Op Cit

18 El “asesor de menores” es tanto el defensor del niño como de la sociedad, es decir, hace las veces de la parte de la defensa y de la acusación.

19 En términos de Freire sería la concepción bancaria de educación. Freire, P. “Pedagogía del oprimido”. Siglo XXI Editores. España. 2000

20 La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989, ha sido aprobada por nuestro país en 1990, mediante ley 23.849, y en 1994 se le ha dado jerarquía constitucional. Pero recién en septiembre de 2005 el Congreso Nacional sanciona la “Ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes” (Ley 26061), ley que deroga el Patronato de Menores sustentado en la “doctrina de la situación irregular”. Y en la provincia de Buenos Aires recién en marzo de 2007 entró en vigencia la ley 13298 que deroga el patronato, y en julio de 2008 entró en vigencia la ley 13.634 que crea el nuevo fuero penal juvenil. Aún quedan normas que sostienen esta doctrina, como es el decreto- ley 22278 sobre Régimen penal de la minoridad. Actualmente existen proyectos de ley para derogarla que aún están siendo tratados en el Congreso Nacional.

21 UNICEF/ CASACIDN “La psicología evolutiva entiende que el adolescente infractor es una persona en desarrollo que no ha tenido tiempo para interiorizar las normas que rigen la sociedad en que vive. Esto no significa que sea incapaz de discernir y que, por tanto, resulte irresponsable, sino que, por las razones anteriormente expuestas, la reacción social frente a sus actos delictivos no debe ser de castigo sin más, debiéndose procurar su integración social y evitar en todo momento que sea privado de su derecho fundamental a la educación.”

- [22](#) Jaume Funes, Carlos González. “Delincuencia juvenil, justicia e intervención comunitaria”, Pág. 7.
- [23](#) Beloff, M. “...si hay una palabra que resume a la Convención, esa es responsabilidad; en primer lugar, de los adultos, representados por el Estado, por la comunidad y por la familia; y en segundo lugar de los niños. Se trata de responsabilidades propias y claramente diferenciadas; no más de irresponsabilidades, como en el sistema tutelar pre-Convención: un sistema en el que nadie se hacía cargo de nada y que funcionaba, también en este aspecto, como una profecía que se auto cumplía, ya que era incapacitante para todos los involucrados...”.
- [24](#) Couso, J. “Principio educativo y (re) socialización en el derecho penal juvenil.” En Revista Justicia y Derechos del Niño N° 9. UNICEF. Santiago de Chile. 2007
- [25](#) Beloff señala que “cuando la reacción estatal coactiva —llámese pena, llámese medida a secas o medida socioeducativa— va a ser mayor que la violencia que pretende prevenir, entonces no existe allí ninguna justificación posible para que se ponga en marcha un sistema de responsabilidad penal juvenil. Se trata, por ejemplo, de los casos de bagatela, donde no habría interés del Estado —y podría no haberlo por parte de la víctima—, en perseguir penalmente al adolescente.” Una argumentación parecida sostiene Jaime Couso... “buena parte de la criminalidad de adolescentes (toda la de bagatela y de “conflicto”) es episódica y remite espontáneamente sin intervención institucional alguna, por lo que esos adolescentes no necesitan una acción educativa o socializadora especial...”
- [26](#) La ley 13634 establece que el Fuero Penal Juvenil atenderá los delitos atribuidos a los menores de 18 años de edad, que será de doble instancia, y acusatorio conforme el Código de Procedimiento Penal común en lo que no esté modificado por esta ley y que los niños y jóvenes tienen -al menos- las mismas garantías que los adultos y un plus de derechos por su especial condición.
- [27](#) Beloff, M. “Lo que es fundamental que quede claro en la puesta en práctica de los nuevos sistemas y, en muchos casos, a pesar del texto legal por la sobrevivencia del modelo tutelar en este sentido es que si como consecuencia de una reacción estatal coactiva, provocada por la comisión de un delito, surge algún beneficio para los derechos del adolescente, esto es un valor agregado de la sanción, pero no su fundamento ni su justificación.” En “Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos.”
- [28](#) En la ley 13634 este principio se expresa en el inciso 1 del Art. 58 cuando dice “La respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no sólo a las circunstancias y la gravedad del mismo, sino también a la particular situación y necesidades del niño”.
- [29](#) Couso, J. Op.Cit
- [30](#) Gomes da Costa, A. C. “Pedagogía y justicia.”
- [31](#) Silva Balerio, E. S. D. “Gestión del desequilibrio: ecuación social de adolescentes en infracción”. En AAVV. *Adolescencia y Educación Social: un compromiso con los más jóvenes*. Centro de Formación y Estudios del INAU- AECI. Montevideo, 2005.
- [32](#) El art. 40 de la CDN reconoce la importancia de promover la reintegración del niño y de que este asuma una función constructiva en la sociedad. En su inciso cuarto establece las medidas enumeradas.
- [33](#) La regla 18 de las Reglas de Beijing establece dichas medidas para evitar el confinamiento en establecimientos penitenciarios.
- [34](#) En el orden interno en la Provincia de Buenos Aires, la ley 13634, establece en su artículo 68 las medidas judiciales citadas.
- [35](#) Beloff, Couso, Gómez da Costa.
- [36](#) De hecho la ley 13.634 denomina a las sanciones no privativas de libertad para jóvenes infractores “medidas judiciales de integración social”.
- [37](#) Baratta, A. Baratta, A. “Por un concepto crítico de “reintegración social” del condenado”. Universidad de Saarlan, R.F.A. Ponencia presentada en el Seminario “Criminología Crítica y Sistema Penal” organizado por la Comisión Andina de Juristas y Comisión Episcopal de Acción Social. Lima, del 17 al 21 de septiembre de 1990.
- [38](#) Baratta sostiene que “...en la estrategia burguesa de control social, el momento penal, y sobre todo la prisión, tiende a tornarse cada vez más un momento secundario. Se trata de una disminución relativa (en la mayor parte de los casos el peso absoluto del sistema penal aumenta) en relación con otras formas jurídicas no penales (la asistencia social) o no jurídicas de control social (mass media, organización científica del trabajo, etc.)...”. Pitch, T. “Una de las lecturas de los cambios producidos en los años 60, denuncia los efectos de difusión del control y la disciplina hacia áreas, campos y poblaciones que antes les eran extraños. La territorialización, la extensión de medidas soft no habrían sustituido la centralización, la segregación y la custodia; se habrían, en cambio, sumado a estas últimas, con un efecto de ulterior despolitización y patologización de los conflictos, de ulterior erosión de los espacios privados e individuales y de una compleja multiplicación de las intervenciones autoritarias e institucionales.”
- [39](#) La ley 13.634, en su artículo 64, habilita al juez de garantías a aplicar una medida de seguridad restrictiva de la libertad ambulatoria en los casos de extrema gravedad. Asimismo si el juez reconociera que alguno de los derechos del niño se hallaren vulnerados, establecerá la

pertinencia de aplicar alguna de las medidas de Protección Integral de Derechos establecidas en la Ley N° 13.298, en cuyo caso solicitará la intervención del Servicio de Protección de Derechos correspondiente. Vitale y Ábalos sostienen que estos artículos constituyen el talón de Aquiles de la nueva ley puesto que pone en evidencia "...la convivencia dentro de una misma arquitectura de dos sistemas diametralmente opuestos...". Ellos argumentan que "...el respeto al debido proceso y a las garantías constitucionales encuentran su límite mas lejano en el recorrido de este capítulo, ya que el solo hecho "de presumir" la intervención del joven, lo despoja de las garantías de defensa en juicio y del principio de inocencia por no alcanzar los 16 años previstos para su imputabilidad y lo habilita como objeto pasivo para la aplicación de una medida tutelar de seguridad..." Vitale, G. Abalos, I. "Ley 13634. Consideraciones sobre los nuevos fueros de familia y de responsabilidad penal juvenil en la Provincia de Buenos Aires. Un avance hacia el estado de derecho y justicia."

[40](#) Zaffaroni, E. "La filosofía del sistema penitenciario en el mundo penitenciario" en Cuadernos de la Cárcel, Ed. especial "No hay Derecho". Buenos Aires, 1991.

[41](#) Silva Balerio, D, en relación a estos mecanismos sostiene que los mismos se inscriben "...en la lógica de provocar experiencias educativas que contribuyan a configurar subjetividades que establezcan marcas de integración en los adolescentes a partir de prácticas institucionales y educativas que no están instituidas. En ese sentido, podemos pensar a estas prácticas no tradicionales como ámbitos que pueden producir algunas marcas de integración a partir de un encuentro educativo que oferte propuestas de conexión con lo social, y donde la centralidad este en el proceso de desarrollo de los sujetos, con sus posibilidades de acción y reflexión sobre realidades diversas que procuren romper con asignaciones estereotipadas." Silva Balerio, E. S. D. "Gestión del desequilibrio: ecuación social de adolescentes en infracción". En AAVV. *Adolescencia y Educación Social: un compromiso con los más jóvenes*. Centro de Formación y Estudios del INAU-AECI. Montevideo, 2005.